Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

ganz überſehenen, Cap. 9. X. de usuris nicht der Fall; dieſes ſpricht ſo allgemein und beſtimmt, daß man nicht umhin kann, die gewöhnliche Meinung als die richtige anzuerkennen. [30]

VIII.

Was hat der deutſche Proceß im Ganzen und im Detail durch die neuere doctrinelle und legislative Behandlung gewonnen?

Beantwortet von Mittermaier.

Schon oft iſt der Redaction des Archivs der Wunſch geäußert worden, daß die im Band I. S. 15 ꝛc. u. Bd. II. S. 153 begonnene Ueberſicht der neueren Literatur des Civilproceſſes fortgeſetzt werden möchte. Der Verfaſſer dieſes Aufſatzes hält es aber für zweckmäßiger, die Fortſetzung unter einem andern höheren Geſichtspunkte zu behandeln, und durch die Beantwortung der oben aufgeſtellten Frage eine in das kleinſte Detail gehende Darſtellung der Ergebniſſe neuerer Forſchungen über den Civilproceß zu liefern. — Wenn man die verſchiedenen Werke vergleicht, welche den Civilproceß entweder im Ganzen behandeln, oder einzelne Lehren des Proceſſes entwickeln, ſo bemerkt man leicht eine Verſchiedenheit der mehr oder weniger mit einander kämpfenden Grundanſichten, von deren Anwendung wieder das Reſultat abhängt, zu welchem jeder Forſcher kömmt. — Es können vorzüglich vier ſolche Grundanſichten, die zugleich die Methoden der Behandlung des Proceſſes beſtimmen, von einander unterſchieden werden: 1. die philoſophiſche (nicht unpaſſend als

30) S. auch cap. 3. X. de pignoribus et aliis cautionibus.

räſonnirende zu bezeichnen), II. die praktiſche, III. die hiſtoriſche, IV. die comparative (auch politiſche). I. An der Spitze der erſten ſtand v. Gönner, und gewiß würde man ungerecht ſeyn, wenn man die Früchte, welche wir ſeiner geiſtreichen Behandlung verdanken, verkennen wollten. — Insbeſondere ſind durch v. Gönner, v. Grolmann und Almendingen ſchärfere Begriffe, namentlich in allen jenen Lehren, die durch das Proceßrecht überhaupt und nicht erſt durch poſitive Normen beſtimmt werden, in den Proceß gekommen, z. B. über Verhältniß des ordentlichen und ſummariſchen Proceſſes, über Beweis, über Verhältniß und Natur der Rechtsmittel überhaupt, und v. Gönners feine durch ein richtiges praktiſches Gefühl geleiteten Analyſen allgemeiner Grundſätze werden ſeinen Werken immer den Ruhm ausgezeichneter juriſtiſcher Schriften ſichern. Gönner vergaß aber zu oft, daß der Proceß ein poſitives Inſtitut iſt, und daß insbeſondere der gemeine deutſche Proceß aus ſehr verſchiedenartigen Quellen allmählich durch Gerichtsgebrauch gebildet worden iſt. Statt zu erforſchen, wie aus den gemeinrechtlichen Quellen die proceſſualiſchen Begriffe fließen, conſtruirte ſich v. Gönner willkührlich allgemeine Begriffe und folgerte daraus weiter, und ſo laufen gewiſſe Grundirrthümer durch ſeine Werke hindurch, z. B. die Begriffe von Litiscontеſtation, über proceßhindernde Einreden, über Ungehorſam. Auch da, wo er die Quellen anführt, bemerkt man leicht, daß er mit einer vorgefaßten Meinung und mit dem Wunſche, ſeine a priori conſtruirte Anſicht darin zu finden, an die Rechtsquellen ging, und ſie daher drehte und aus dem Zuſammenhang riß, wie es ihm eben taugte, z. B. in der Streitfrage über die Einrede mehrerer Streitgenoſſen. Die Conſequenz der räſonnirenden Methode führte ihn leicht dazu, die Zweckmäßigkeit mit der Rechtmäßigkeit zu verwechſeln, und ſo den deutſchen Proceß mit manchen der Rechtsquellen und der Praxis fremden Inſtituten zu bereichern, z. B. Adcitation, während er überall nach Aufſtellung oberſter Grund-

säze strebte, und in diesem Generalisiren zu gewissen allgemeinen Maximen, z. B. der Verhandlungsmaxime, Eventualmaxime, Princip des Verzichts u. a. kam, und durch Hülfe dieser Zauberformeln alles zu erklären versuchte. — II. Achtungswürdig, wenn sie gehörig verstanden wird, erscheint die praktische Methode; sie forscht überall nach dem bestehenden praktisch jezt noch Gültigen, scheidet strenge das Veraltete aus, weil sie Verwirrung befürchtet, wenn Altes mit Neuem bunt durch einander geworfen wird, sie hält sich nur an das, was ist, ohne das, was sie für zweckmäßig und empfehlungswerth für eine neue Gesetzgebung hält, dem an das positive Gesetz gebundenen Richter aufdringen zu wollen, sie — in ihrer wahren Natur — steht nicht im Widerspruch mit der historischen Methode, benutzt sie vielmehr als ihre Grundlage; leider findet man aber so viele sogenannte praktische Methoden, deren Anwendung großen Nachtheil dem gründlichen Studium zufügt, weil die darin gelieferte Praxis ohne jede Grundlage erscheint, was um so nachtheiliger wird, jemehr der junge Mann, dem die süße Frucht der Praxis angeboten wird, durch das Wort angezogen, nur zu leicht dem wohlfeilen Wege traut, in vornehmer Einbildung Praxis zu haben glaubt und verächtlich auf die ernsteren wissenschaftlichen Forschungen blickt. Zu diesen einseitigen mißverstandenen praktischen Methoden rechnen wir 1) jene, welche nur durch eine Masse von Citaten, blind fremden Autoritäten folgend, gewisse Sätze als praktische belegt, und das für geltendes Recht angibt, wofür 6 oder 8 Schriftsteller angeführt werden können. Diese Methode entbehrt jede Grundlage, sie huldigt dem Irrthum, für den sie eine größere Zahl von Gleichdenkenden anführen kann, sie vergißt, daß bei jedem Satze, für welchen der Anwald des Klägers 12 Citate anführt, ebenso leicht der Advokat des Beklagten 12 andere, die das Gegentheil behaupten, anführen kann. — Daß nicht selten der ausgezeichnete Jurist, welchem andere wieder blind folgen, seine Behauptung aus gewissen Interessen aufstellte,

z. B. weil er in einem anhängigen Streite für sich oder Andere eine gewisse Ansicht geltend machen wollte, wird dabei ebenso wenig berücksichtigt, als die Regel, daß wir mit Gründen und nicht mit Namenautoritäten streiten sollen, und bei jener Citirwuth, die das Fortvererben von Vorurtheilen begünstigt, um Gründe gar selten gefragt wird. Wer mag noch läugnen, daß mehr oder weniger herrschende Ansichten gewisser Zeit auf jeden Schriftsteller einwirken, daß die Rechtsansichten selbst von der Art der Behandlung des Rechts in einer gewissen Zeit abhangen und daß manche in den Schriftstellern aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts vorkommende Behauptung ihren Ursprung der räsonnirenden ungeschichtlichen Richtung jener Zeit verdankt. Oft entstand eine gewisse Meinung nur in einer bestimmten herrschenden Schule, und die Möglichkeit, 12 gleichdenkende Schriftsteller für den nämlichen Satz anführen zu können, befremdet nicht, sobald man weiß, daß ihre Gleichheit der Ansicht nur Folge der Parthei und das jurare in verba magistri war. — 2) Aehnlich ist jene Methode, welche durch eine Masse von Präjudicien ihre als praktisch behaupteten Sätze beweist, und damit der Bequemlichkeit und der Verjährung der Irrthümer den Sieg sichert. Wir spotten nicht selten über die Engländer [1]), welche in ihren Präjudicien ihr Heil suchen, und überall nur fragen, wie bisher in ähnlichen Fällen geurtheilt worden ist; wir vergessen aber dabei, daß wir dem Beispiele der Engländer redlich folgen. Wie häufig siegt in einem Collegio durch die Stimmenmehrheit an einem Tage eine gewisse Ansicht, weil eben eigensinnige oder einseitige Anhänger einer bestimmten Parthei an diesem Tage in der Sitzung die Majorität bilden, oder weil im Drängen der Zeit, mit der am

1) Geistreiche Bemerkungen über diese Precedents Wyne Eunomus or dialogues concerning the law and constitution of England; with notes by Bythewood. 5. edit. London 1822. Vol. II. p. 502.

Schluſſe der Sitzung oft votirt wird, die ungeduldigen Votanten gefällige Jaherren ſind? wie häufig ſchreckt die imponirende Autorität eines kräftigen Dirigenten die Freiheit der Meinung nieder, wie oft wirken politiſche Anſichten, oder Wünſche der Machthaber auf Entſcheidungen ein, wie häufig iſt das Urtheil das Produkt einer gewiſſen billigen Rückſicht, mit der man, z. B. um das Gemeindevermögen nicht gänzlich zu ruiniren, an der Sache dreht und wendet, um mit Hülfe einer gewiſſen Theorie, die man für diesmal annimmt, zu einem gewiſſen Ausſpruch gelangen zu können. Man vergißt, daß ſelten ein Rechtsfall dem anderen gleiche, und daß die faktiſchen Verhältniſſe mehr oder weniger auf die Annahme einer gewiſſen Rechtsmeinung wirken, und es iſt traurig, dann im Collegium die Stimme des älteren Collegen zu hören, der verſichert, daß bisher immer im Falle A. B. C. der Gerichtshof die Meinung angenommen habe. Was alſo einmal als Produkt der Lokaleinflüſſe, der zufälligen Stimmenmehrheit, eines herrſchenden Irrthums ausgeſprochen worden, ſoll wie ein Geſetz auf ewige Zeiten gelten und jede freie Fortbildung hindern? — Schwerlich würde man noch ſo häufig das Verbot der reformatio in pejus als praktiſches Recht anführen hören, wenn man nicht durch das Vorurtheil von Präjudicien, auf die man ſich beruft, unterſtützt würde.

3) Für praktiſch hält man auch nicht ſelten jene Methode, welche für die von ihr aufgeſtellten Sätze eine Anzahl von Partikularrechten anführt, und das, was in 12 deutſchen Statuten vorgeſchrieben iſt, als gemeines Recht ausgibt. Wir werden unten bei der Darſtellung der comparativen Methode auf den Werth der Benutzung der Partikularrechte aufmerkſam machen, aber hier muß vor dem Glauben gewarnt werden, daß durch die Berufung auf noch ſo viele Partikularſtatute ein gemeines deutſches Recht begründet werden könne; — was im deutſchen Privatrechte in dieſer Beziehung neuerlich zur Sprache gebracht worden iſt, gehört

auch hierher; mag man für die Behauptung, daß der Gegenbeweis in dem nämlichen Termine angetreten werden soll, der für den Beweis gilt, die Gerichtsordnungen Baierns, Mecklenburgs, Hessens, von Sachsen u. a. anführen können, so folgt noch immer nicht, daß auch der Richter in anderen deutschen Ländern diese Vorschrift befolgen müsse, der lokale Gebrauch ist vorzüglich im Processe ersichtlich, und dieser bestimmt wieder das Partikulargesetz, das sich an die landesübliche Praxis anschloß. — Das Partikulargesetz beweist nur, daß man in dem Lande manche Forderung der Zweckmäßigkeit erfüllt hat, die, so lange sie nicht gesetzlich besteht, den Richter eines anderen Landes nicht verpflichten kann; in manchem Lande hat auch oft eine irrige Theorie gesiegt, und ist wieder in andere verwandte oder dem Ersteren nachgebildete Partikularrechte übergegangen. Dies Construiren des gemeinen Processes durch Hülfe von Partikularstatuten hat besonders im deutschen Concursprocesse oft nachtheiligen Einfluß gehabt; wie oft bemerkt man, daß man für den Satz, nach welchem auch die Hypothekargläubiger bei Nachlaßverträgen an die Majorität gebunden seyn sollen, sechs oder mehr Partikularrechte anführt. — Eben diese Vorsicht beim Gebrauche von Landesproceßordnungen muß auch bei der Anwendung der auf den sächsischen Proceß sich beziehenden Stellen und Zeugnisse auf den deutschen Proceß angewendet werden. Wie viele Sätze, die nur dem sächsischen Processe angehören, sind in den deutschen übergegangen, ohne daß man erwog, daß das sächsische Verfahren seine eigenthümliche Ausbildung erhalten hat.

4) Eine fehlerhafte praktische Methode ist es noch, wenn man die Quellen, aus welchen der gemeine deutsche Proceß allmählich geflossen ist, so wie einzelne gesetzliche Aussprüche eines heutigen vollständigen Gesetzbuchs betrachtet und nun exegetisch an einzelnen Worten hangend, einen gewissen Satz daraus construirt, oder wenn man die einzelnen Bestimmungen des röm. Canon. Rechts und der Reichsgesetze wie eine gleich-

zeitige theilweise sich widersprechende Gesetzgebung zu vereinigen, und mit Hülfe des so oft mißverstandenen Satzes: Lex posterior derogat priori — zu einem Ganzen zusammenzusetzen sucht [2]). Man vergißt dabei zu leicht, daß in den römischen Fragmenten oft nur die Entscheidungsgründe eines Gutachtens des Juristen im einzelnen Falle, oder in der constitutio im Codex, die nur durch Kenntniß des vorgelegten Falles völlig verständliche Entscheidung des Kaisers und vorzüglich im canonischen Rechte der Ausspruch des Papstes auf einen vorgelegten Fall enthalten ist, ohne daß deßwegen es dem Kaiser oder dem Papste eingefallen wäre, seine Worte so abzuwägen, wie es der Redacteur eines aus einem Guße hervorgehenden vollständigen Gesetzbuchs thut. Der Papst rechnete bei seinem Ausspruch auf die Kenntniß der allgemeinen vorschwebenden Rechtsansicht, oder des Gerichtsgebrauchs, durch welchen manches Wort seine Bedeutung erhielt. Wenn man z. B. sieht, wie oft in der Lehre von der prorogatio wegen can. 12. X. de foro comp. dem, welcher befreites forum hat, das Recht der Prorogation abgesprochen wird, oder wie man bei den proceßhindernden Einreden an dem Worte finita nagt, oder in der Lehre von der Glaubwürdigkeit der Zeugen gläubig ein Paar Stellen anführt, in welchen die Zeugnißfähigkeit eines gewissen Zeugen in dem vorgelegten Falle bezweifelt wird, so überzeugt man sich leicht, daß das wahre Wesen des deutschen Processes den Anhängern dieser an den Worten hangenden Methode nicht vorschwebt, weil ihnen nicht klar geworden ist, daß alle in Quellen des deutschen Processes vorkommenden Sätze überall aus einem lebendigen allgemein bekannten Rechte, das neben den positiven Aussprüchen galt, erst ergänzt werden müssen.

III. Am meisten ist die historische Behandlung des Pro-

2) Mit Recht erklärt sich auch dagegen Bethmann-Hollweg Grundr. zu Vorlesungen über Civilproceß S. XXIV.

ceſſes in neuerer Zeit Gegenſtand von Mißverſtändniſſen geweſen. Nur ihre Einſeitigkeit, nicht ſie ſelbſt, wenn man ſie gehörig auffaßt, konnte einem Tadel unterliegen. Dieſe Einſeitigkeit aber, nicht ſelten veranlaßt durch eine blinde Nachahmungsſucht, welche an die Form ſtatt an das Weſen ſich hält, ſprach ſich beſonders darin aus, daß 1) häufig eine bloße Alterthumskunde und hiſtoriſche Kritik ſelbſt mit hiſtoriſcher Behandlung verwechſelt wurde. Zwar wird der fleißige Forſcher, welcher einzelne Varianten ſammelt, welcher Biographieen alter Juriſten aufſucht, die Tage der Abfaſſung eines Geſetzes erforſcht, nützliche Vorarbeiten liefern können, welche derjenige, der ſein Fach großartig auffaßt, dankbar benützt; nur muß ſich der Antiquitätenforſcher nicht einbilden, daß er von dem Weſen der hiſtoriſchen Methode durchdrungen ſei; obwohl nicht geläugnet werden darf, daß oft die ſcheinbar geringfügigſte Entdeckung auf dem Felde der Alterthumskunde und der Quellenſammlung die wichtigſte, anfangs dem Entdecker ſelbſt nicht bekannte Ausbeute für das praktiſche Recht geben kann, weil ſo häufig nur von der Kenntniß des wahren Zuſammenhangs der Quellen das richtige Verſtehen eines Geſetzes abhängt.

2) Ebenſo wenig darf die an ſich gewiß achtungswürdige, rein rechtsgeſchichtliche Entwickelung, die nur die Materialien und Erſcheinungen der Reihe nach darſtellt, ohne je praktiſche Reſultate zu geben, und den Zuſammenhang mit dem heutigen Rechte zu liefern, mit der hiſtoriſchen Behandlung des Rechts verwechſelt werden. Wenn auch mit der größten Sorgfalt nachgewieſen würde, was in den verſchiedenen Zeiträumen von den Juriſten proceßhindernde Einrede genannt worden ſei, welche Namen ſie gehabt habe, ſo iſt dadurch noch nichts weiter als eine Vorarbeit gewonnen, wenn nicht zugleich nachgewieſen wird, wie zuletzt und unter welchen Einflüſſen im Zuſammenhang mit dem ganzen Syſtem der Litiscontestation, nach der ratio, die durch die Vorſchrift der letzten erreicht werden ſollte, das richtige Verhältniß

dieſer Einreden zur Einlaſſung und zu den dilatoriſchen Einreden begründet worden iſt.

3) Mit Unrecht hält man oft für hiſtoriſche Methode diejenige, welche nur mit der rechtsgeſchichtlichen Nachweiſung der poſitiven Rechtsquellen ſich beſchäftigt, kein Inſtitut gelten läßt, das nicht auf ſolche poſitive Quellen gebaut werden kann, und mit einem Aufwand von Kritik und Gelehrſamkeit nachweiſt, daß in den uns vorliegenden Rechtsquellen und den für das Inſtitut angeführten Stellen nach richtiger Auslegung nichts davon enthalten iſt, daher über alle Inſtitute, bei welchen nur Gerichtsgebrauch darzuthun iſt, den Stab bricht und ſie als Produkte der Mißverſtändniſſe der Praxis darſtellt. Bei dem Diffeſionseide iſt es nicht ſchwierig, nachzuweiſen, daß er aus keinem poſitiven Geſetze abzuleiten iſt, der Provokationsproceß beruht auf irriger Auslegung von zwei Geſetzesſtellen und in der Lehre von der editio documentorum ſpielt die l. 22. Cod. de fide instrument. eine Hauptrolle, ungeachtet ſie nicht gloſſirt iſt. — Die Anſicht aber, welche deßwegen alles über Diffeſionseid, Provokation, Edition Vorgetragene verbannen wollte, weil man keine Geſetzesſtellen dafür anführen kann, würde ſehr unhiſtoriſch ſeyn, weil ſie zweierlei vergeſſen würde, a) daß in jeder Geſetzgebung insbeſondere im Proceſſe neben der poſitiven Normen eine weit reichhaltige fließende Quelle, die des Gerichtsgebrauchs, der dem Bedürfniſſe nachhilft, fließt, worauf jeder Geſetzgeber ſelbſt rechnet, indem er die von ihm gebrauchten Wort ein dem jedem Richter verſtändlichen Sinne nimmt, und manches nur andeutet, weil er die allgemeine Rechtsübung vorausſetzt, und b) daß in dem gemeinen deutſchen Proceſſe das römiſche Recht nicht als ein Geſetzbuch in Deutſchland durch eine gewiſſe Publikationsverordnung eingeführt iſt, ſondern nur allmählig durch den Gerichtsgebrauch und darin mit einer gewiſſen Rechtsmeinung eingeführt worden iſt, dieſer Gebrauch aber vor allem Aufklärung geben

muß, wie die deutſche Praxis manche Stellen des römiſchen Rechts habe verſtanden wiſſen wollen.

4) Ungerecht würde es ſeyn, wenn man der hiſtoriſchen Methode die Sitte einzelner Schriftſteller zur Laſt legen wollte, welche in ihrer Einſeitigkeit nur das römiſche Recht zur Grundlage aller Forſchungen im Proceſſe machen, überall nur Stellen des römiſchen Rechts hereinziehen, da wo Abweichungen vom röm. Rechte vorkommen, ſie als Mißverſtändniſſe darſtellen und dem röm. Rechte in jeder Controverſe den Vorzug geben wollen. — In der bekannten Streitfrage: ob eine Parthei, gegen welche von der anderen Parthei ein Eid im Proceſſe abgeſchworen wurde, wegen neuer Beweiſe die jenſeitige Eidesleiſtung angreifen darf, klebt man noch viel zu ſehr an der l. 31. D. de jurejur.; in der Controverſe, ob die Parthei, welche durch culpa procuratoris einen Nachtheil im Proceſſe litt, Reſtitution ohne vorgängige Ausklagung des Advokaten erhalten könne, wirkt die irrige Meinung vom Feſthalten am klaren röm. Rechte gegen eine — wie man ſagt, ſchwankende Praxis häufig noch verderblich. Man ſucht ängſtlich jede Lehre des gemeinen deutſchen Proceſſes durch röm. Stellen zu begründen, und vergißt, daß der canoniſche Proceß, ſelbſt häufig zuſammenſtimmend mit dem germaniſchen Gerichtsverfahren, nicht ſelten ſchon eine gewiſſe feſte Richtung in einer Lehre gegeben hatte, welche durch das ſpäter bekannt gewordene, und erſt durch das medium der canoniſchen Praxis in die Rechtsübung übergegangene röm. Recht gar nie nach dem Willen der Praktiker die Kraft haben ſollte, feſtgewurzelte — häufig aus dem germaniſchen Leben hervorgegangene Rechtsanſichten zu verdrängen.

5) Die wahre hiſtoriſche Methode verſchmäht es auch, alle ſeit Jahrhunderten feſtgegründete Rechtsbegriffe und Ausdrücke umzuſtoßen und dadurch eine Sprach- und Rechtsverwirrung einzuführen, die nur verderblich wirken kann. Wenn auch dargethan werden kann, daß vom Standpunkte

des römiſchen Proceſſes aus, unſere heutigen Begriffe von exceptio, oder unſere Anſichten von Gegenbeweis irrig und den Rechtsquellen fremd ſind, ſo achtet die wahre Rechtsbehandlung dieſe einmal herkömmlichen und in der ganzen Vorſtellungsweiſe der Rechtsſuchenden und der Richter übergegangene Begriffe, ſobald nur nicht nachzuweiſen iſt, daß ihre Annahme ſelbſt nur auf einem Schlendrian beruht, der ſich vornehm mit dem Aushängeſchild der Praxis deckt, oder daß ſie zu völlig irrigen und verderblichen, von den beſſeren Praktikern ſelbſt nie anerkannten Folgerungen führen würden, oder daß ſolche Rechtsbegriffe eine durch keine geſchichtlich nachzuweiſende Praxis begründet ſind, vielmehr im Widerſpruch mit allgemein anerkannten Rechtsgrundſätzen ſtehen würden. In ſolchen Fällen wird kein vornehmer Nimbus der Praxis den Rechtsforſcher abhalten dürfen, den Irrthum aufzudecken, z. B. gegen jene irrige, alle Klarheit in unſeren Exceptionsſchriften zerſtörende Aufſtellung von exceptio deficientis fundamenti agendi, — oder gegen die Ausdehnung ſich zu erklären, welche zuletzt die legitimatio ad causam erhalten hat. — Nicht die hiſtoriſchen Juriſten, ſondern mehr eine Zahl räſonnirender Proceſſualiſten trifft der Vorwurf, eine Sprachverwirrung im Proceſſe eingeführt zu haben. Man betrachte nur, wie man ſich in den letzten Jahrzehnten mit dem Streit gequält hat, ob das Geſtändniß, ob der Eid, ob Gutachten der Sachverſtändigen Beweismittel ſeien, und frage ſich, ob durch die Unterſcheidung von Beweismittel, Beweisgrund etwas gewonnen worden iſt.

Die wahre Schwierigkeit bei der hiſtoriſchen Methode liegt darin, daß man, indem man den Geiſt vergangener Jahrhunderte ſich conſtruiren will, leicht aus den nur ſparſam zu Gebote ſtehenden Fragmenten eine willkührliche Grundlage ſich erſchafft und darauf weiter baut. Die Phantaſie des Conſtruirenden füllt die weiten Räume, welche die Fragmente laſſen, mit Hypotheſen aus, und findet in ein Paar

Bruchſtücken die reichſte Ausbeute, weil ſie mit vorgefaßter Meinung an die Forſchung ging. Je größer dieſe Schwierigkeit iſt, deſto nothwendiger wird es, über den Gang der hiſtoriſchen Methode ſich gehörig zu verſtändigen [3]). Sie hat vor allem 1) eine vollſtändige Quellenkenntniß ſich zu verſchaffen, die nicht einſeitig nur auf römiſche Quellen geht, ſondern ebenſo anerkennend darnach ſtrebt, die deutſchrechtlichen Quellen zu erhalten. Je weiter man zurückgeht, um den vollen Zuſammenhang der alten Quellen zu gewinnen, deſto ſichrer iſt die Grundlage; wenn man z. B. in der bekannten Streitfrage: ob das forum rei sitae exclusivum bei den Römern war, ſich mit Erklärungen von Pandekten-Fragmenten quälte, um die excluſive Natur zu beweiſen, ſo liefert uns eine Stelle in den neuentdeckten vatikaniſchen Fragmenten jetzt den Beweis, daß dem älteren röm. Rechte dies ganze forum rei sitae fremd war, und dadurch ein Argument gegen den Willen der Römer, dies forum als excluſiv zu erklären. 2) Weſentlich für die hiſtoriſche Behandlung wird die Erforſchung des inneren Zuſammenhangs der Quellen durch die Benutzung der Zeugniſſe der Staats- und Rechtsgeſchichte überhaupt. Wer nicht erwägt, wie auf den Proceß in jeder Periode die Schickſale bürgerlicher Freiheit überhaupt, die Stellung des Regenten, der Charakter des ganzen Volkslebens, die Art der Oeffentlichkeit einwirkten, wird nie den Geiſt der Quellen zu erfaſſen hoffen dürfen. 3) Vorzüglich wird bei der Entwickelung des gemeinen deut-

3) v. Savigny's Forſchungen dürfen hier als bekannt vorausgeſetzt werden. Bethmann-Hollweg in dem Grundriſſe zu Vorleſungen über gem. Civilproceß (Berlin 1821), in der Vorrede, hat ſich trefflich über die Anwendung hiſtor. Methode im Proceſſe erklärt und in ſeinen Abhandlungen (ſ. darüber mehr unten) durchgeführt, und hieher darf auch bezogen werden, was Biener in dem Aufſatze über die hiſtor. Methode in ihrer Anwendung auf Criminalr. (im neuen Archiv des Criminalr. X. Bd. Nro. 19.) geſagt hat.

ſchen Proceſſes die Erforſchung der Fortbildung unſeres Rechts wichtig. Es genügt nicht, den römiſchen, canoniſchen, deutſchen Proceß, als für ſich beſtehendes Ganze, richtig zu erkennen; alles kömmt darauf an, nachzuweiſen, wie aus den drei Quellen und Verfahrungsarten durch den Gerichtsgebrauch ein neues Ganzes geworden iſt; in dieſer Rückſicht iſt es nothwendig auszumitteln, a) mit welcher Anſicht das canoniſche Recht oder die canoniſche Praxis römiſche Stellen aufgenommen und angewendet hat [4]), wie man römiſche Grundſätze den neuen Verhältniſſen anzupaſſen ſuchte [5]), wie durch röm. Inſtitute neue Inſtitute veranlaßt wurden [6]), oder wie aus den anfangs neben einander fortlaufenden Anſichten der Legiſten und Canoniſten allmählig erſt ein Ganzes entſtand [7]). Ebenſo wichtig wird die Feſtſtellung des Verhältniſſes von canoniſchem und deutſchem Proceß. Es iſt ein Vorurtheil mancher Juriſten, einzelne in beiden Proceßarten vorhandene Inſtitute aus dem canoniſchen Rechte abzuleiten, z. B. den Reinigungseid, während die Geſchichte lehrt [8]), daß dieſer Eid aus dem deutſchen Proceſſe erſt in das canon. Recht überging; man vergißt zu häufig, daß das canon. Recht aus gewiſſen allgemein bei germaniſchen Völkern vorkommenden Vorſtellungen hervorging [9]) und manche Anſicht, die im deutſchen Rechtsleben begründet war, nur durch die Canoniſten in Rechtsbegriffe, und dabei freilich häufig in ge-

4) Z. B. wie das im röm. R. von der supplicatio vorkommende auch auf die Urtheile des Papſtes angewendet wurde.

5) Z. B. die Grundſätze vom imperium und jurisdictio.

6) Z. B. aus den röm. interrogat entſtanden die positiones.

7) Z. B. in der Lehre von der recusatio judicis.

8) Biener Beitr. zur Geſch. des Inquiſitionsproceſſes S. 22 ꝛc. Mein Strafverfahren in den deutſchen Gerichten II. Th. S. 284.

9) S. daher Estor vestigia juris germanic. in jure canonic. Marb. 1750. *Hommel* de jure canonic. ex germanic. legib. explic. Lips. 1755.

gewiſſe aus röm. Rechte entlehnte Formen gebracht wurden [10]). Selbſt manche in den Gloſſatoren vorhandene Rechtsanſicht befremdet weniger, wenn man erwägt, daß ſie dieſelbe aus dem ſie überall umgebenden germaniſchen Rechtsleben ſchöpften, und daß dieſe Juriſten des Mittelalters, wenn ſie auch vorzugsweiſe mit röm. und canoniſchen Rechtsquellen ſich beſchäftigten, ſich von den allgemeinen deutſchen Rechtsvorſtellungen nicht ſo leicht losmachen konnten [11]).

6) Unentbehrlich iſt dabei auch die Erwägung, wie römiſche, canoniſche und deutſche Rechtsbegriffe in einander gefloſſen ſind, z B. wenn man die Lehre von der Litiscontestation näher betrachtet. Aus dem röm. Proceſſe hatte man das Wort, dann die Vorſtellung abgeleitet, daß die Litiscontestation den Anfang des eigentlichen Proceſſes begründe und davon an erſt die Wirkungen eines begründeten Rechtsſtreits gerechnet werden könnten. Im canoniſchen Rechte ſcheint aber die Anſicht, daß die Litiscontestation eine Bilateralhandlung, ſowohl von Seite des Klägers als des Beklagten, ſei, noch immer die herrſchende geblieben zu ſeyn [12]), man hielt ſie aber ſchon für eine weſentliche Form, die nicht fehlen dürfte; in dieſem Sinne ging das Wort und die Sache in den Reichsproceß, worin anfangs auch noch die Vorſtellung blieb, daß der Krieg von beiden Theilen befeſtigt werde (Kammergerichtsord. v. 1500. Tit. XII. §. 2). Es iſt noch nicht genug erörtert, wann unſere Anſicht: daß die Litiscontestation nur Handlung des Beklagten ſei, geſiegt hat; die Kammergerichtsord. v. 1523. Tit. III. §. 3. ſagt ausdrücklich noch, daß der Kläger den Krieg befeſtige; und die

10) Z. B in der Lehre vom spolium.

11) Z. B. in der Lehre vom Urkundenbeweiſe; — in der Lehre von den verdächtigen oder untüchtigen Zeugen.

12) C. Hostiensis definirt litiscontestatio noch als fundamentum judicii per petitionem in jure propositam et congruam responsionem secutam animo contestandi litem factam.

über die Form des Proceſſes treffliche Aufſchlüſſe gebenden italiäniſchen Statuten aus dem Ende des 15ten und Anfang des 16ten Jahrhunderts ſcheinen häufig noch vorauszuſetzen [13], daß die litiscontestatio zweiſeitige Handlung ſei, obwohl ſchon andere Statuten bei der Litisconteſtation nur an die Handlung des Beklagten denken laſſen [14], und in deutſchen proceſſualiſchen Darſtellungen, z. B. bei Termineus [15] die Litisconteſtation nur von dem Beklagten ausgeht, auch in den Reichsgeſetzen [16] ſelbſt bald die Formel nur auf die Handlung des Beklagten ſich bezog. Es iſt mit Recht neuerlich bemerkt worden, daß man ſich die reichsgeſetzliche [17] Litisconteſtation irrig vorſtelle, wenn man unter ihr eine in das Detail der Klage eingehende Antwort ſich denke, und, wenn man behaupte, daß durch den jüngſten Reichsabſchied die Litisconteſtation durch die vorgeſchriebene ſpecielle Beantwortung der Klage verdrängt worden ſei; die Litisconteſtation iſt vielmehr, wie die Allgemeinheit der Formel lehrt, reine Formalität geweſen, welche die Antwort des Beklagten auf die Klage nicht entbehrlich machte; die Antwort folgte erſt auf die Streiteinlaſſung; der jüngſte R. A. hing noch immer

---

13) Z. B. in den Statuti di Caesena (am Ende des 15ten Jahrhunderts) gedr. Caes. 1589. lib. I. pag. 13. heißt lis intelligitur contestata per interrogationem actoris et confessionem seu negationem vel contra dictionem rei.

14) Z. B. Statuta di Lucca (Lucca 1539) lib. 1. cap. 64, wo es ſchon heißt: lis pro contestata habetur per responsionem affirmati namvel negativam quam faceret reus in judicio ad libellum actoris.

15) Termineus proc. jur. scripti (Colon 1582) pag. 105 hat die Formel: auf die vermeinte Klag ſagt Beklagter in Gemüt und Meinung, den Krieg zu befeſtigen, daß er der angeſtellten und erhobnen Klag, inmaſſen ſie mit allen ihren umſtenden und qualiteten vorbracht, nicht geſtendig.

16) Kammergerichtsord. v. 1555. Th. III. Tit. 13. §. 4.

17) Baieriſche Vorträge über den gemeinen ordentl. Proceß (München 1828) S. 242.

an dem Vorurtheil der Litiscontestation als Formalität, forderte aber schon die specielle Antwort; und der in §. 40 vorkommende Ausdruck: Eventualhauptsächliche Handlung deutet noch auf die Ansicht von der Nothwendigkeit der Litiscontestation, insoferne man darin nur aussprach, daß man es auf den Streit ankommen lassen wolle. Erst im Laufe der Zeit blos durch Praxis entstand das Zusammenfließen von Litiscontestation und Antwort auf die Klage, und die Ansicht, daß eine strenge Formel, den Streit befestigen zu wollen, nicht nothwendig sei. Die Entwickelung dieser Punkte aber ist durchaus nöthig, um manche Stelle in einzelnen Streitfragen gehörig zu verstehen. d) Die wahre historische Methode entwickelt nun, wie im 16. Jahrhundert die Reichsgesetze, die Praxis der Reichsgerichte, die der Obergerichte, und die bei den Untergerichten ausgebildete Ansicht, die Quellen verstanden, und welcher der Quellen in einer Lehre der Vorzug gegeben wurde [18]), und wie überall noch im 16. Jahrhunderte eine zweifache Praxis, nämlich die von den mehr am röm. Recht hängenden Legisten und die der Canonisten, neben einander vorkam [19]), und zuletzt beide in einander flossen, und die mildeste Meinung siegte, wie zugleich durch das Wegfallen der Oeffentlichkeit und der Mündlichkeit, durch den allmähligen Untergang der Schöffenverfassung eine neue Praxis entstand, wobei man wieder vor dem Vorurtheil sich bewahren muß, als wenn überall schon in Deutschland im 16ten Jahrhunderte die Ansichten des älteren deutschen Rechts verdrängt worden wären [20]). Die historische Methode in dem bisher

18) Z. B. bei der Frage über die exclusive Natur des fori rei sitae.

19) Z. B. in der Lehre von recusatio judicis zeigt sich z. B. aus *Gail* observ. lib. I. obs. 33. nr. 14, daß die Legisten sich an den Satz hielten, es genüge die allgemeine Angabe der suspicio — während die Anhänger der canon. Praxis Beweis der causa vor den arbitris forderten.

20) Ueberall, wo die Schöffenverfassung sich erhielt, blieb auch

entwickelten Sinn ist keine Gegnerin der Praxis, sie ist es vielmehr, welche allein die sichere Grundlage für die Erkenntniß der Praxis gewährt, indem sie überall zeigt, wie die Rechtsansicht entstanden ist, wie die Verbindung der drei Quellen des gemeinen deutschen Rechts geschah, welche Verhältnisse auf die Fortbildung des Rechts überhaupt und in jeder einzelnen Lehre einwirkten, und weil sie vorzüglich an dem Satze festhält, daß zum Verstehen der Rechtsquellen die Kenntniß der Rechtsübung, der leitenden Rechtsbegriffe und der Formen gehört, durch deren Auffassung erst der todte Buchstabe des Gesetzes belebt wird.

Hier stehen wir eben bei dem Punkte, uns über das Wesen der Praxis zu verständigen. — Frägt man darum, was jene communis opinio, consuetudo, usus fori etc. sei, worauf man schon die Juristen des Mittelalters sich berufen hört, so deuten alle diese Ausdrücke auf die Praxis insoferne sie den, durch diejenigen, welchen Rechtsanwendung anvertraut ist (seien es Schöffen aus dem Volke oder rechtsgelehrte Richter), bewirkten Sieg der Ueberzeugung von der Nothwendigkeit ausspricht, das Gesetz da, wo es lückenhaft ist, zu ergänzen, und das unverständige Gesetz dem Bedürfnisse anzupassen. Insoferne darf man bei der Praxis von einem technischen und politischen Elemente der Rechtsbildung sprechen [21]). Niemand fühlt so gut, als der Richter, wie das vom Gesetzgeber noch so klug berechnete Gesetz in seiner Anwendung verletzt, an bestehenden Einrichtungen, deren Einwirken der Gesetzgeber oft gar nicht berücksichtigte, anstößt; solche Härten des Gesetzes nun minder fühlbar zu machen, den Einklang desselben mit dem bestehenden zu vermitteln, ist

---

der deutsche Proceß im 16ten Jahrh. noch reiner; man betrachte z. B. die friesischen, dithmarsischen Gerichtsordnungen der Zeit.

21) v. Savigny Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung S. 12. Biener im neuen Archive des Criminalrechts X. Bd. S. 493.

dann die Aufgabe des Richters, und indem er dabei auf das allgemeine Gefühl des Bedürfnisses, auf die Forderung aller Verständigen sich beruft, gründet er eine Praxis der Rechtsanwendung, die dadurch, daß sie selbst aus dem Bedürfnisse hervorging, bald eine Bürgschaft ihrer allgemeinen Anerkennung in sich trägt. Je unpassender ein Gesetzbuch gearbeitet ist, je mehr es nach absoluten Regeln, ohne an das schon bestehende sich anzuschließen, gegeben wird, desto ausgedehnter wird die Praxis seyn [22]). Vergleiche man nur den trockenen Buchstaben des französischen Code de procédure und das daraus fließende Verfahren mit der wirklich in Frankreich vorhandenen Rechtsübung und man wird bald sich überzeugen, daß der gesunde Verstand derjenigen, welche das Recht anwenden, überall Bahn sich bricht, um dem Gesetze erst eine vernünftige Anwendung zu verschaffen. — Nirgend aber konnte die Praxis in dem bisher bezeichneten Sinne so ihr Amt zu verwalten veranlaßt werden, als im gemeinen Processe, wo die Juristen des Mittelalters, die das römische Recht anwenden wollten, überall das Anstoßen an hergebrachte Gewohnheiten, an festgewurzelte Rechtsansichten, an andere Gerichtseinrichtungen fühlten, und es nun ihnen überlassen war, jenen Einklang herzustellen, ohne welchen das neue Recht bald unerträglich geworden wäre. Untersuche man einmal, was man Praxis im deutschen Processe nennt, so wird man bald sich überzeugen, daß 1) nicht selten das praktische Institut nur die Folge des gefühlten Bedürfnisses war, für welches man bei der Lücke der Rechtsquellen eine Norm sich suchen mußte. Das Bedürfniß lehrte, daß im Besitzprocesse, oder da, wo Gefahr auf dem Verzuge wäre, eine vom ordentlichen Processe abweichende Proceßart nöthig wäre; das Zusammentreffen vieler Creditoren im Falle der Exekution gegen einen insolventen Schuldner veranlaßte ein Verfahren, wo man den Creditoren die Möglichkeit, ihre

22) Jordan im Archiv für civil. Praxis VIII. Bd. S. 207.

Anſprüche zu verfolgen, ſichern wollte, und in der Conſequenz zum Princip der Univerſalität im Concurſe kam; Erwägung des Bedürfniſſes und der Zweckmäßigkeit war es, was die Anſichten über die Vollſtreckung der Urtheile gründete; daß man dabei häufig auf eine römiſche Stelle ſich beruft, in der nach richtiger Auslegung nichts zu finden iſt, kann nicht befremden, wenn man erwägt, wie die Praktiker oft nur einen Aushängſchild für ihre Neuerung, oder eine Art von Rechtfertigungsgrund brauchten. 2) In andern Fällen iſt die Praxis nur das Produkt der Ueberzeugung der Juriſten des Mittelalters, daß ein römiſcher Satz zu den deutſchen Einrichtungen durchaus nicht paſſe. Man fühlte, daß die römiſchen Vorſchriften über Zeugenbeweis nicht verträglich mit dem durch canon. Recht entſtandenen Satze der Nothwendigkeit der Vernehmung in Abweſenheit der Partheien wären, und ſo kam man leicht, um doch der Sache nach die Rechte der Partheien zu ſchützen, zu dem Inſtitut der Beweisartikel und der Fragſtücke. 3) Oft erklärte der geſunde Sinn der Richter oder die allgemeine Volksanſicht einen römiſchen Satz, der im röm. Recht aus der Conſequenz der einmal feſtgewurzelten Rechtsanſicht folgte, für hart in unſerer Anwendung, da die Rechtsanſicht, unter der in Rom der Satz eine Bedeutung erhielt, den Deutſchen fehlte; ſo berief man ſich auf die consuetudo, um zu erklären, daß ein röm. Satz nicht mehr anwendbar ſei [23]; ſo verſchwanden die röm. Anſichten vom dominio litis; ſo ſiegte die Meinung, daß auch die culpa procuratoris die Reſtitution wegen Verſäumniſſe nicht ſchade; ſo verlor ſich allmählig die röm. Anſicht von der Strafe der plus petitio. 4) Oft kann man die deutſche oder germaniſche Praxis nur in ihrer Thätigkeit auffaſſen, welche wir bemerkt haben würden, wenn die Römer ſelbſt ihr Recht hätten fortbilden kön-

23) Z. B. in der Lehre von den Proceßcautionen. Stellen in Bethmann-Hollweg Grundriß S. X. not.

nen; wer kann läugnen, daß faſt alle in den letzten Zeiten der Republik noch in voller Starrheit geltenden Rechtsſätze bis zu Juſtinian herab ſchon ſo vielfach durchlöchert und mit Ausnahmen verſehen wurden, daß es wohl nicht mehr viel bedurft hätte, in der Fortſetzung dieſer nothwendigen von den röm. Juriſten ſelbſt bewirkten Fortbildung des Rechts auch die ganze Regel allmählig aufzuheben? 5) Oft war die Abänderung röm. Sätze die conſequente Folge neu entſtandener Grundſätze oder Gebräuche, mit welchen der röm. Satz im Widerſpruche geweſen wäre; z. B. daß man die l. 11. Cod. de reb. credit. et jurejur. nicht mehr ganz befolgen konnte, ergab ſich von ſelbſt, ſobald man einen peremtoriſchen Beweistermin angenommen hatte. 6) Nicht ſelten iſt die Veranlaſſung eines proceſſualiſchen Inſtituts durch einen allgemeinen Satz des deutſchen Rechts gegeben, als deſſen Fortwirken oder Modifikation das gemeinrechtliche Inſtitut ſich erklärt; ſo kann z. B. der Zuſammenhang der legitimatio ad causam mit der deutſchen Lehre von der Gewähr der Klagen [24]) ebenſo wenig geläugnet werden, als der Urſprung unſeres Mandats und Exekutivproceſſes aus Verhältniſſen des deutſchen Rechts, in dem man ſich gewiſſer Clauſeln bediente, denen man einen beſtimmten proceſſualiſchen Sinn unterlegen mußte [25]). Wer die Praxis auf dieſe Art verfolgt, wird eine Grundlage für ſie erhalten, und nicht mit dem, was 10 oder 12 Doctores ihm verſichern, ſich begnügen, ſondern bis zum Grunde, wie die Anſicht entſtand, zurückgehen.

IV. Eine andere Methode der Behandlung des Proceſſes mag die comparative genannt werden; ſie iſt es, welche reichhaltiges Material für das Verſtehen der gemeinrecht-

24) Hollweg Verſuche über einzelne Theile des Civilproceſſes S. 119. Mehr über das Ganze unten bei der Prüfung der Forſchungen über Legit. ad Caus.

25) Meine Schrift: Die ſummar. Verfahrungsarten des gemeinen Proceſſes nr. V. u. VI.

lichen Quellen liefert, welche auf Lücken aufmerksam macht, die sonst dem Theoretiker leicht entgehen würden; sie ist es, welche mit manchen trefflichen Versuchen, wodurch der gesunde Sinn der Praktiker in einzelnen Ländern sich Bahn gebrochen hat, bekannt macht, warnend wieder bei manchen allgemeinen Behauptungen spricht, deren gefährliche Folgerungen sie in den Erfahrungen einzelner Staaten nachweist und Zeugnisse des Gerichtsgebrauchs gibt. Nicht verkannt darf aber werden, daß auch diese Methode in ihrer Einseitigkeit gefährlich wird, wenn sie nur nach bloßem Materialkram hascht, und durch die Masse des Stoffs, den sie unverarbeitet niederlegt, und die Extension des Wissens leicht der Intension schadet, oder daran sich gewöhnt, aus einer gewissen Zahl von Partikularrechten gemeinrechtliche Sätze abzuleiten, oder das, was in Partikulargesetzen, vorzüglich neuerer Zeit, vorgeschrieben ist, als nothwendig aufzustellen, indem sie die Zweckmäßigkeit mit der Rechtmäßigkeit verwechselt. Schriftsteller die längere Zeit nach einer bestimmten Landesgesetzgebung in Gerichtshöfen gearbeitet und an gewisse Ansichten sich gewöhnt haben, kommen leicht dazu, das lange Zeit Eingeübte auch als das Trefflichste zu erkennen, und dem gemeinen Processe die Form unterzuschieben. — Nur eine zweckmäßige Vereinigung dieser bisher bezeichneten Methoden verbürgt uns Resultate. 1) Der geschichtliche Weg liefert uns die Quellen, auf welche wir unsere Sätze ableiten dürfen, er zeigt ihren inneren Zusammenhang, ihre Fortbildung und gibt den Schlüssel zum Verstehen ihres Sinnes und ihres wechselseitigen Verhältnisses, er liefert nur eine Dogmengeschichte, die am besten dazu beiträgt, dem Entstehen unserer praktischen Sätze bis zu ihrer ersten Veranlassung nachzuspüren. 2) Der praktische Weg lehrt an den durch das Gesetz oder anerkannten Gerichtsgebrauch ausgesprochenen Sätzen festzuhalten, mit Erwägung des Bedürfnisses die Gesetze anzuwenden, durch die Erkenntniß der Praxis die in jedem Gesetzbuche gelassenen Lücken auszufüllen, er gibt die leben-

dige Anschauung des Zusammenhangs und des Details des Proceßgangs, belebt durch vorkommende Fälle die sonst trockenen oder schwer verständlichen Sätze, entwickelt das Detail der Streitfragen, und macht dadurch selbst wieder die allgemeinen Sätze klarer. 3) Der philosophische Weg bringt Einheit und System in das Ganze, er lehrt an klaren Begriffen festzuhalten, und überall die einzelnen processualischen Begriffe auf die allgemeinen Rechtssätze zurückzuführen. — 4) Die vergleichende Methode liefert uns eine Masse von Quellen des Partikularrechts, gewährt die Möglichkeit für manchen gemeinrechtlich anerkannten Satz gewichtige Autoritäten in der Uebereinstimmung partikularrechtlichen Gerichtsgebrauchs zu finden, macht mit dem Detail verschiedener Formen und Entwickelungen des nämlichen Rechtsinstituts, das oft im gemeinen Rechte ohne Fortbildung da steht, bekannt, und setzt in den Stand, an manchen achtungswürdigen doctrinellen Untersuchungen über processualische Fragen Theil zu nehmen. Dankbar benutzt sie die bei Gelegenheit der Landtagsverhandlungen über legislative Erscheinungen vorkommenden Zeugnisse der Praktiker, oder die Erörterungen über gewisse Rechtspunkte, die vielleicht gemeinrechtlich unbeachtet geblieben sind. Sie bleibt nicht blos bei den Produkten der deutschen Gesetzgebungskunst stehen, und benützt gerne die Werke ausländischer Legislation, wohl erwägend, daß gewisse allgemeine Rechtsbegriffe überall die nämlichen bleiben, und die doctrinellen Untersuchungen in Frankreich oder England über das Verhältniß der Justiz- und Administrativgewalt, über Beweis, über Rechtskraft der ganzen juristischen Welt angehören. Wer mag läugnen, daß durch das Studium des französischen Processes manche Stelle des römischen Rechts klar wird, die nur demjenigen die wahre Bedeutung enthält, der den Mechanismus eines auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebauten Verfahrens kennt? Wer mag läugnen, daß die französ. Gesetzgebung in der Lehre vom Urkundenbeweise ein praktisches Detail entwickelt, wie kein deutsches

processualisches Werk enthält? — Prüfen wir nach diesen Vorbemerkungen den Charakter und den Werth der neueren Leistungen auf dem Felde der Proceßliteratur, so müssen wir freilich gestehen, daß es an einem Handbuche, in welchem die vier oben bezeichneten Methoden glücklich benutzt wären, noch fehlt. Das Buch von Danz ist ungeachtet großer Verdienste, welche Danz hat, zu sehr in der Manier des vorigen Jahrhunderts gearbeitet, in welchem die Quellen des gemeinen Rechts noch wie eigentliche Gesetzbücher behandelt wurden; und wo man statt der Grundsätze nur Regeln gab, statt der historischen Begründung nur mit Autoritäten sich begnügte. Genslers an praktischen Bemerkungen höchst reichhaltiger Commentar zu Martin war vom Verfasser nur als Collegienheft bestimmt, setzt Martins Buch als Grundlage, und mündlich erläuternde Ergänzung überall voraus, begnügt sich auch mehr praktische Regeln zu geben, ohne ihre tiefere Begründung zu versuchen. Der Verfasser dieses Aufsatzes hat den Versuch in seiner Schrift gemacht, den historischen und comparativen Weg zu benutzen, um dadurch die Grundsätze [26]) des deutschen Processes zu entwickeln durch die Verfolgung des Details der Ausbildung der nämlichen Grundideen den deutschen Proceßgang klarer zu machen, und durch die Nachweisung der neuen Gesetzgebung insbesondere auch der ausländischen Vergleichungspunkte zu gewähren, den Blick auf das, was unsern deutschen Processen fehlt, zu richten, oder die Trefflichkeit deutscher Einrichtungen im Gegensatze der verkehrten Experimente neuerer Legislatoren zu zeigen. — Von Lehrbüchern des Processes liegen fünf vor, das von Martin, Linde, Hefftter, Mühlenbruch,

26) Der gemeine deutsche bürgerliche Proceß in Vergleichung mit dem preuß. u. französ. Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Proceßgesetzgebung 1. Beitrag. Bonn 1820. (2te Aufl. 1822). 2ter Beitrag 1821 (2te Aufl. 1827). 3ter Beitr. 1823. 4ter Beitr. 1826 (auch unter dem Titel: Die summar. Verfahrungsarten des gem. deutschen Processes. 1826.).

Baier. — Martins Lehrbuch, deſſen Trefflichkeit durch die raſche Folge der Auflagen (die letzte, die 10te, iſt von 1827) ſchon verbürgt wird, iſt nicht immer gerecht gewürdigt worden. Man vergißt zu gerne, daß der Compendienſchreiber alle jene Studien, von denen er die reinen Ergebniſſe gedrängt im Lehrbuche den Leſern vorlegt, ſchon für ſich durchgemacht hat, und nur derjenige häufig das Verdienſt gerecht würdigen kann, welcher von dem Reſultate auf die Maſſe der Vorarbeiten zurückſchließt, die nothwendig waren, um zum Reſultate zu gelangen. — Martins Lehrbuch enthält eine Fülle des trefflich durchgearbeiteten Materials, hat den Werth einer ſeltenen Schärfe des Ausdrucks, und großer praktiſcher Richtigkeit im Detail, obwohl freilich das Streben nach Kürze und Zuſammendrängen der Worte dem, welchem der Proceß ganz fremd iſt, und der nicht genug Ernſt und Beharrlichkeit hat, das Studium oft erſchwerte, und demjenigen, der an Worten zerren, oder ſie verdrehen will, Veranlaſſung zum abſichtlichen Mißverſtändniſſe geben mag. Auch darf wohl nicht verkannt werden, daß die am Anfang dieſes Jahrhunderts noch herrſchende Sitte, die Quellen des gemeinen Rechts wie Geſetzbücher zu behandeln, ohne den wahren durch Geſchichte zu ermittelnden Zuſammenhang ihres Verhältniſſes und die Grundlage der Praxis zu benutzen, oft in dem Lehrbuche, das auch in den ſpätern Auflagen der einmal gewählten Grundlage treu bleibt, im Einzelnen ſichtbar wird. — Linde's Lehrbuch hat darin den Vorzug, daß der Verfaſſer mehr im Geiſte der zum Siege gelangten richtigen Anſicht von dem Charakter der gemeinrechtlichen Quellen den hiſtoriſchen Weg andeutet, um die Benutzung desſelben dem, der das Buch gebraucht, ſelbſt möglich zu machen, das Buch ſelbſt hat den Werth einer höchſt klaren Darſtellung, da weniger die Sätze zuſammengedrängt ſind, die Anordnung liefert die Lehren mehr in ihrer natürlichen Verwandtſchaft, und durch vollſtändige Angabe neuer Literatur durch die wenigſtens in den Noten geſchehene Benutzung

des comparativen Wegs gewinnt das Buch eine Frische und Lebendigkeit, die demselben auch bei dem ausländischen Juristen eine freundliche Aufnahme sichert. Möge nur für die Aufsuchung der Praxis der Verfasser noch mehr in künftigen Auflagen bei einzelnen Lehren leisten, und insbesondere die älteste Dogmengeschichte insoferne benutzen, als sie oft nur Aufklärung gibt, woher ein gewisser praktischer Satz entstand. Auch dürften historische Einleitungen bei manchen Lehren (mit Recht hat der Verf. sie in mehrern Capiteln angewendet) wünschenswerth seyn, z. B. bei der Lehre vom Beweise. Oft führt (so in der Lehre von der Intervention §. 111) das Streben für Alles Gesetzesstellen nachzuweisen (der Verf. hat sich in den meisten Lehren frei davon gehalten), den Verf. zum Wegräsonniren praktischer Institute. — Das Hefftersche Buch [27]) ist weniger als Compendium zu betrachten, da es oft tief in Auseinandersetzungen eingeht, es hat das Verdienst, treffliche Materialien, zu denen der historische Weg führte, geliefert zu haben, vorzüglich für das römische und canonische Recht, so weit es in bestimmten Gesetzen enthalten ist, und dankbar wird jeder Jurist die historischen Einleitungen des Verf. benutzen; es ist nur zu beklagen, daß der Verf. oft auf halbem Wege stehen blieb und theils nicht oft genug den wahren Einfluß des deutschen Processes auf die Entwickelung unseres gemeinen Verfahrens [28]), theils die Fortbildung des Rechts durch den Gerichtsgebrauch beachtet hat. Der Verfasser stellt nur auf, was ihm als Ergebniß der Quellen sich zeigt, von den Instituten, die nur durch Gerichtsgebrauch entstanden sind, erwähnt der Verf. oft nur mit ein Paar Zeilen etwas, z. B. über Legi-

27) Institutionen des röm. und deutschen Civilprocesses. Bonn 1825.

28) Eine an trefflichen Bemerkungen über den Charakter des deutschen Processes reiche Recension über Heffters Buch findet sich von Nietzsche in der Hallischen Literaturzeitung 1827. No. 2.

timation zur Sache, über Adcitation; viele Streitfragen des heutigen Proceſſes werden daher nur flüchtig erwähnt, z. B. über Gegenbeweis, über nominatio auctoris, über heutiges Verhältniß der Wiederklage. Gewiß wird auch der Werth des Buchs bei einer künftigen Auflage durch Benutzung und Angabe der neuen vom Verfaſſer faſt unbeachtet gelaſſenen Literatur, welche den Standpunkt der Wiſſenſchaft und der Praxis zeigt, ſehr vermehrt werden können. — Mühlenbruchs Schrift [29]) iſt zwar nur Grundriß, allein dadurch werthvoll, daß es eine klare Anordnung des Materials enthält, und reich an den trefflichſten Andeutungen der eigenen Meinung des Verfaſſers, an Prüfung fremder Anſichten und höchſt beachtungswürdigen hiſtoriſchen Winken oder Warnungen iſt, welche der Praktiker dankbar um ſo mehr benutzen wird, als überall der Verf. zeigt, daß er die Geſchichte nicht als Antiquitätenkram, ſondern in der wahren Bedeutung, um heutiges Recht und ſein Verhältniß aufzuhellen, benutzt. Eine ſehr erfreuliche Erſcheinung iſt noch das neueſte Werk von Bayer [30]), es iſt zwar nur das Collegienheft für den Gebrauch der Zuhörer des Verfaſſers beſtimmt, will daher, indem es überall auf andere Compendien verweiſt, nicht vollſtändig ſeyn, gleicht in mancher Hinſicht mehr einem Commentar zu einem Lehrbuche, und enthält oft Andeutungen, die der Verf. zur mündlichen Erörterung ſich vorbehielt; es iſt aber höchſt beachtungswürdig, durch den praktiſchen Geiſt des ſelbſt mit dem Geſchäftsleben ſehr vertrauten Verfaſſers, durch die verſtändig begränzten hiſtoriſchen Einleitungen, und die Originalität der eigenen Anſichten, ſo wie durch die mit anſpruchloſer Zartheit, aber mit Scharfſinn gelieferte Prüfung fremder Meinungen.

29) Entwurf des gemeinrechtlichen und preuß. Civilproceſſes mit beigefügten Quellen und Literatur. Halle 1827.

30) Vorträge über den gemeinen ordentl. Civilproceß mit Beziehung auf Martins Lehrbuch. München 1828.

(Fortſetzung im nächſten Hefte.)